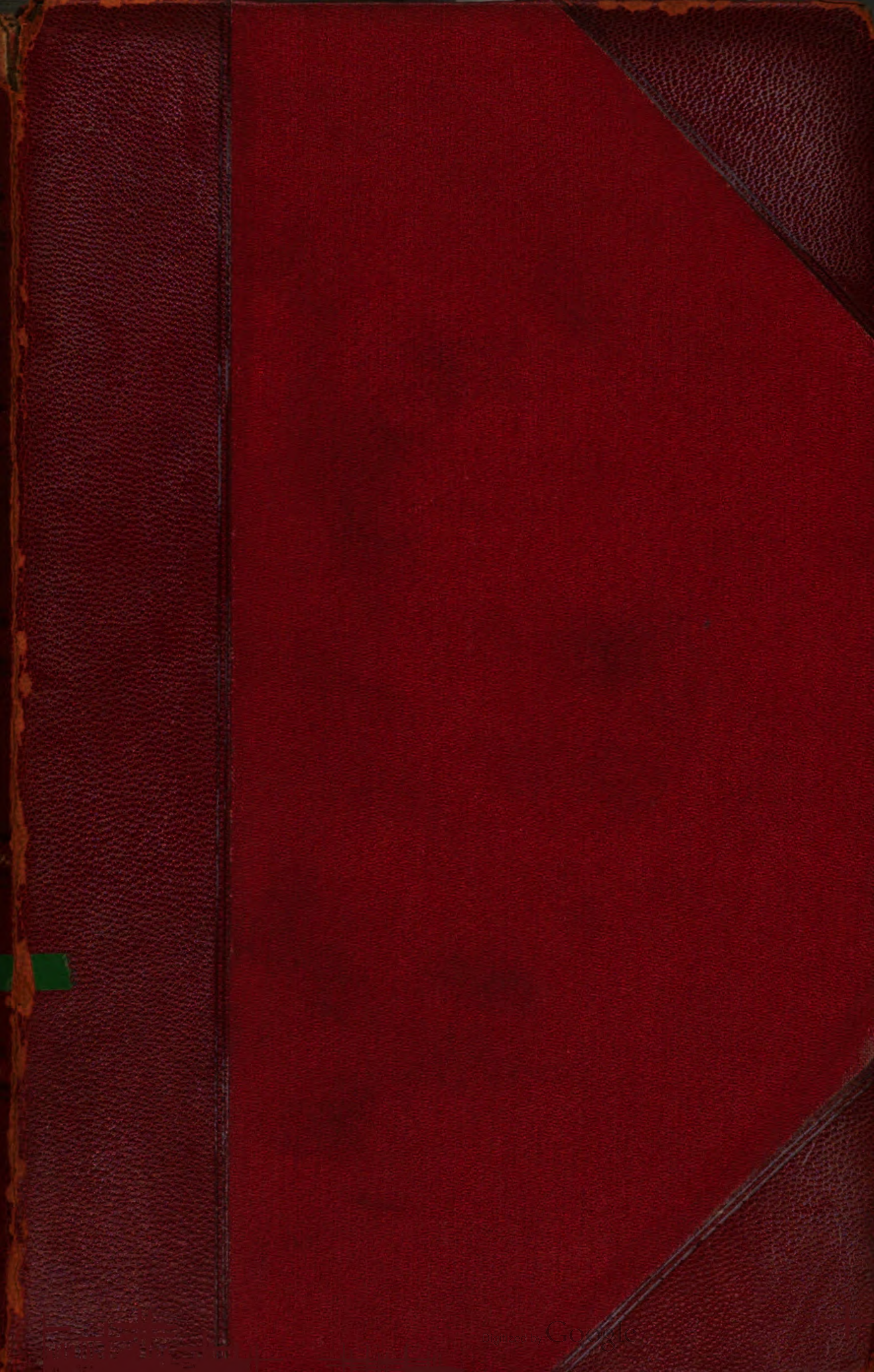
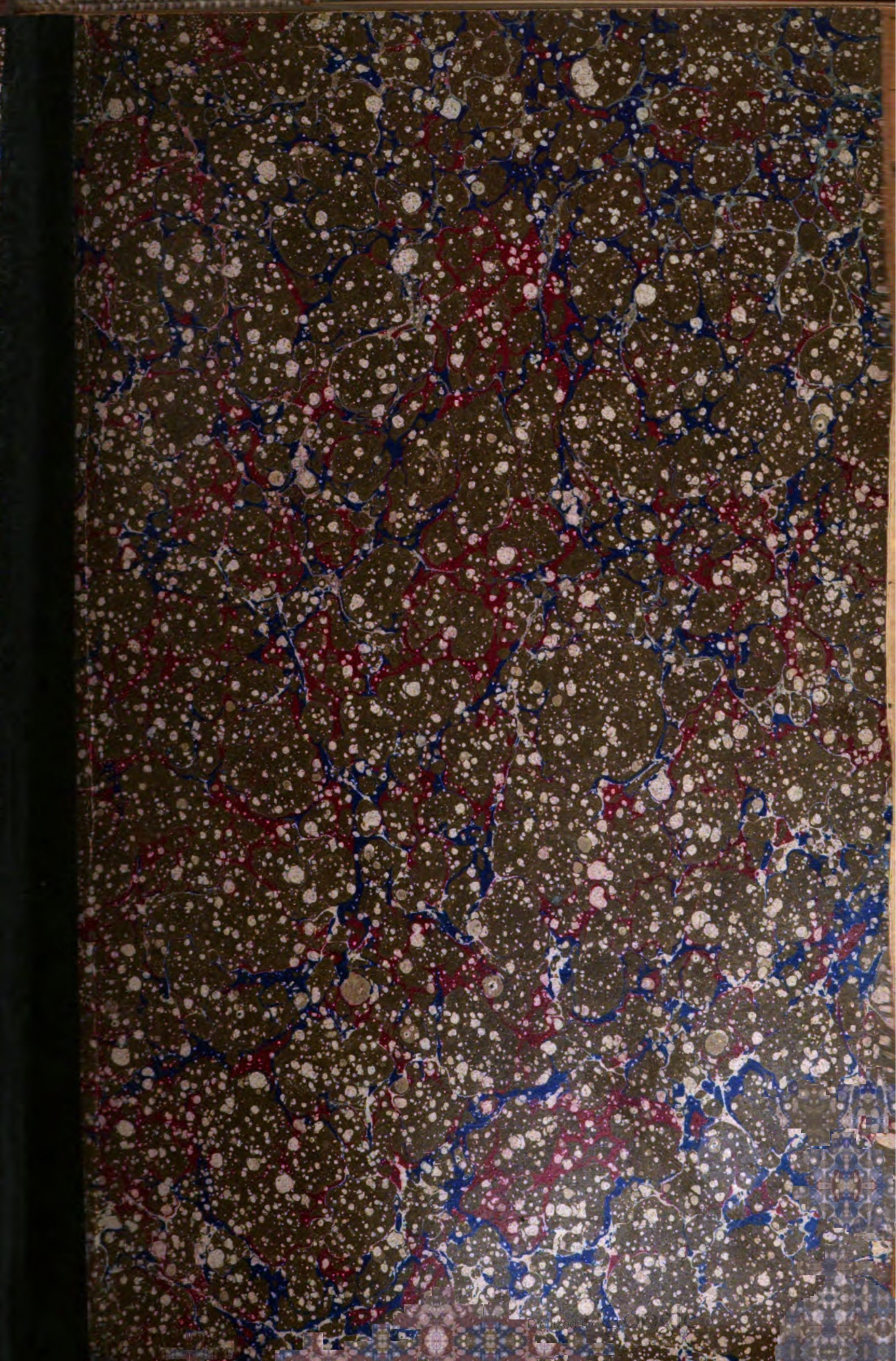








Ueber die Belastung des anwachsenden und des durch Anwachsung vergrösserten Erbtheiles.

Accrescere cum onere. Accrescere in onus.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

der

juristischen Facultät der Georg-August-Universität

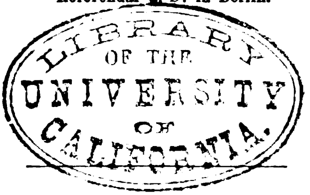
zu Göttingen,

vorgelegt

von

Emil Dombrowski,

Referendar a. D. in Berlin.



Göttingen,

Druck der Univ.-Buchdruckerei von W. Fr. Kaestner.

1890.



Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich will in § 1799 verordnen:

»Der einem eingesetzten Erben durch Anwachsung angefallene Erbtheil ist in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen, mit welchen der wegfallende Erbe oder derjenige Erbe, welchem die Anwachsung zu statten kommt, beschwert ist, als ein besonderer Erbtheil anzusehen.«

Mit dieser Bestimmung spricht der Entwurf das Princip völliger Trennung der Erbtheile hinsichtlich der auf ihnen ruhenden Lasten aus; für jeden soll eine besondere Rechnung stattfinden. Ist der anwachsende Erbtheil mit Vermächtnissen oder Auflagen überschwert, so sollen diese nur ihn allein belasten, die Erbportion dessen aber, dem anwächst, nicht in Mitleidenschaft ziehen. Ist umgekehrt die letztere überschwert, der anwachsende Theil aber wenig belastet, so soll er nicht auch den auf jene gelegten Lasten unterliegen. —

Dieser Gedanke hat die Billigkeit für sich. Denn es ist hart, dass der auf eine wenig oder gar nicht beschwerte Quote eingesetzte Miterbe dadurch, dass ihm ein überlasteter Erbtheil anwächst, ganz oder zum Theil um die ihm vom Erblasser zugedachte Gunst gebracht werden soll, und es ist andererseits nicht einzusehen, wie die Gläubiger des anwachsenden Erbtheiles aus dem Umstand, dass statt des ursprünglich Bedachten ein Anderer erwirbt, einen Vortheil erlangen, oder wie die auf einen bestimmten Erbtheil angewiesenen Honorirten ein Recht auf den nachträglichen Anwuchs haben sollen.

Es erhebt sich aber die Frage: ist dieser Gedanke völliger Trennung der Erbtheile bezüglich der Lasten, wie ihn der Entwurf ausspricht, neu oder bereits bestehenden Rechtens; und wenn er neu ist, wie verträgt er sich mit den allgemeinen Grundsätzen alles Erbewerdens?

Die Motive zu dem Entwurfe sagen im 5ten Bande Seite 73 zu § 1799:

«Die Notwendigkeit einer Vorschrift für den Fall, dass der angewachsene Erbtheil mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwert ist, ergiebt sich aus den §§ 2036, 2037, nach welchen die Ausschlagung oder Annahme der Erbschaft nicht mit Beschränkungen oder für einen Theil erfolgen kann und die Anwachsung demgemäss ohne den Willen desjenigen, welcher seinen Theil angenommen hat, erfolgt, in Verbindung mit den §§ 1876, 1886, nach welchen das Vermächtniss oder die Auflage nicht mit dem Wegfalle des Beschwerten wegfällt, vielmehr derjenige als beschwert anzusehen ist, welchem der Wegfall des Beschwerten zu statten kommt.

Dass derjenige, welchem anwächst, nur beschränkt haftet, ist im gemeinen Rechte nicht unbestritten. Eine beschränkte Haftung wird dagegen angenommen für das preuss. A.L.R., wegen I, 12 § 287, während das sächs. G.B. § 2275 und Mommsen § 243 sich begnügen, den Satz aufzunehmen: res transit cum suo onere. Aehnlich das österr. G.B. § 562.

Nur durch eine Vorschrift, wie sie der Entwurf giebt, kann die Härte der zweckmässigen Vorschrift, dass der angewachsene Theil nicht für sich ausgeschlagen werden darf, in angemessener Weise gemildert werden. Dem Willen des Erblassers widerspricht die Entscheidung nicht; dies erhellt daraus, dass der Erblasser die Lasten nur auf den Erbtheil gelegt hatte.

Die Vorschrift ist anzuwenden, mögen alle oder einzelne Erben beschwert sein, nicht lediglich dann, wenn die vorhandenen mehreren Erben sämmtlich mit einem Vermächtnisse oder einer Auflage beschwert sind. Dies bringt die Fassung zum Ausdrucke. Praktisch wird voraussichtlich der Hauptfall sein, dass nur einzelne Erben beschwert sind.

Das Gleiche muss auch dann gelten, wenn der Erbtheil dessen, welchem der Wegfall eines Miterben zu statten kommt, mit Vermächtnissen oder Auflagen überschwert ist.

Jeder Vermächtnissnehmer kann Befriedigung lediglich aus dem Erbtheile verlangen, welcher mit dem Vermächtnisse belastet ist. In gleicher Weise verhält es sich mit den beschwerenden Auflagen.

Der Entwurf spricht im Singular: »mit welchen der Erbe .... beschwert ist«, weil auch bei einer Beschwerung mehrerer oder aller Erben immer der einzelne Erbe pro rata beschwert ist und daher nur von dem Erben zu reden ist.«

Dem Römischen Recht ist ein derartiges Princip völliger Trennung der Erbtheile in Ansehung der Lasten jedenfalls fremd, obwohl in ihm alle sonstigen Fragen über Voraussetzung und Wirkung der Accrescenz und insbesondere über den Uebergang der Lasten mehr oder weniger bestritten sind. Im preussischen Recht ist durch den von den Motiven angezogenen § 287 I, 12 ein Punkt entschieden, dass nämlich der Erbe, welchem zuwächst, denjenigen, welchen aus solchem Zuwachse Vermächtnisse beschieden sind, nicht weiter gerecht werden darf, als der angefallene Erbtheil selbst hinreicht; mit anderen Worten: dass die Interessenten des anwachsenden Theiles keinen Vortheil erlangen. Das Uebrige ist unentschieden gelassen. In Sachsen und Oesterreich fehlen, wie die Motive hervorheben, überhaupt Bestimmungen über die vorliegende Frage.

Wir beschränken uns auf das gemeine Recht.

Auszugehen ist davon, dass es überhaupt Accrescenz giebt. Wem im einzelnen Falle accrescirt, ist von geringerer Wichtigkeit. Uns beschäftigt die Frage: was wird aus den Lasten der beiden, d. h. der anwachsenden und der durch Anwachsung vergrösserten Erbportion? Bleibt die Rechnung getrennt, wie dies der Entwurf einführen will, oder ergreift die Last des einen auch den anderen Erbtheil?

Vorweg müssen wir feststellen:

1) was ist unter Lasten gemeint?

Wir nehmen das Wort im weitesten Sinne: jede Verschiedenheit der Rechtslage, bei der möglicherweise in

Frage kommen kann, ob sie getrennt bleibt oder auf die andere Portion übergeht, insbesondere: Schuldenhaftung, Inventarrecht, Konkurs, Kollationspflicht, Legate und Auflagen, Berechnung der quarta Falcidia, Bedingungen, fideikommissarische Restitution, Fall des Verkaufs der Erbschaft.

2) aus welchen Anlässen kann es zur Accrescenz kommen?

Aus der grossen Zahl derselben wollen wir nur solche Fälle hervorheben, in denen sich der Ausfall nicht sogleich entscheidet. Wir denken hier beispielsweise an das Freiwerden einer Erbportion durch Indignität, sofern an die Stelle des indignus die Miterben treten. Unter Umständen kann die Unwürdigkeit erst spät festgestellt werden, z. B. wenn der Miterbe trotz gerichtlicher Aufforderung ein Jahr lang das ihm auferlegte Vermächtniss unerfüllt gelassen hatte und aus diesem Grunde als erbunwürdig angesehen wurde. Hier accrescirte also den Miterben frühestens nach Ablauf eines Jahres. — Auch sonst kann die Indigniät erst spät entdeckt werden. Nehmen wir an: es stellt sich nach Jahr und Tag heraus, dass der Miterbe sich des geisteskranken Erblassers bei Lebzeiten nicht angenommen und deshalb sein Erbrecht zu Gunsten des Miteingesetzten, der ihn verpflegt hatte, verwirkt hat.

Aber auch in anderen Fällen kann ein langer Schwebezustand der Accrescenz vorausgehen. Es ist z. B. der eine Erbe unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzt worden. Hier kann Delation nicht vor Eintritt der Bedingung stattfinden; bis zur Entscheidung ist der Erbtheil hereditas iacens, und der bedingt Eingesetzte kann provisorische Zutheilung der Erbschaft durch Decret der Obrigkeit erlangen, sofern er Kaution für Herausgabe der Erbschaft deficiente condicione leistet. — Es lässt sich sehr wohl denken, dass der Ausfall der Bedingung sich erst nach Jahren entscheidet und zur Accrescenz führt.

Ganz ähnlich liegt der Fall, wenn eine Erbportion

durch Abstinenz des Suus frei wird. Sui erwerben bekanntlich sofort mit dem Tode des Erblassers die Erbschaft von selbst und auch gegen ihren Willen (sui et necessarii heredes). Zum Schutze gegen die Gläubiger verlieh ihnen der Prätor das beneficium abstinendi, d. h. die Befugniss, sich von der Erbschaft ausdrücklich oder thatsächlich durch Unterlassung jeder Einmischung (se non immiscere hereditati) loszusagen. Ob nun im einzelnen Fall der Suus Erbe bleiben oder abstiniren will, wird sich nicht gleich entscheiden, und so auch die Ungewissheit, ob accrescirt oder nicht, unter Umständen eine langdauernde sein, denn eine Frist für die Geltendmachung der Rechtswohlthat der Abstinenz ist vom Gesetz nicht vorgeschrieben; nur die Gläubiger können wie dem Erben überhaupt ein spatium deliberandi, so auch dem suus durch den Richter eine Frist setzen lassen, binnen welcher er sich über Annahme (richtiger Behalten) oder Ausschlagung zu erklären hat (l. 7 pr. l. 8 D. de iure del. 28.8; l. 19 C. eod. 6.30). — Ebenso kann es bei in integrum restitutio des laesus minor wegen des ihm zur Geltendmachung dieses Rechtsbehelfs nachgelassenen quadriennium continuum noch nach langer Zeit zur Accrescenz kommen. Kurz, in diesen und noch anderen Fällen kann sich die Entscheidung lange hinausziehen, und dadurch können sich

3) Veränderungen zugetragen haben, die zu Ungleichheiten in dem anwachsenden und dem durch Anwachsung vergrösserten Erbtheile führen. Es ist klar, dass diese um so mannigfacherer Art sein können, je länger der Schwebezustand dauert. Wir können nur einzelne Fälle anführen. Zufolge des Rechtssatzes: »nomina sunt ipso iure divisa« theilen sich die auf der ganzen Erbschaft lastenden Schulden ipso iure nach Verhältniss der Erbportionen. Nun wird der antretende Erbe gemahnt und kommt in mora. Der schwebende Theil kann mangels eines zur Erfüllung verpflichteten Subjects nicht in mora kommen. Jetzt wächst er an! Ist der Erbe jetzt für beide Portionen

in mora oder nur für seinen ursprünglichen Theil? Oder wenn der Erbe für die Einsatzportion in culpa ist, es sei der actio legis Aquiliae oder einer Kontraktsklage gegenüber: erstreckt sich die culpa nur auf seine Institutionsportion oder auch auf die accrescirende? Ist ferner der Erbe auch für diese in mala fide, wenn er es für die erstere war? Desgleichen bei Verschiedenheit der Rechtslage durch casus? Sodann, wenn der Erbe auch den anwachsenden Erbtheil zur Befriedigung der Legatare verwenden soll, welcher Zeitpunkt entscheidet? Der Erbfall? oder die Anwachsung? oder sonst ein Tag?

Dies zur vorläufigen Uebersicht über die grosse Zahl von Fragen, Fällen, Zweifeln in dieser Lehre. Die Lehre selbst hat eine überaus reiche Literatur (Aufzählungen siehe bei Windscheid, Baumeister, de Cillis u. A.), aber die Frage nach den onera in dem oben gegebenen Sinne ist dabei ziemlich spärlich behandelt. Es dreht sich dort immer um das »Wesen« der Accrescenz, um die geschichtliche Entwickelung der Lehre, zumal in Verknüpfung mit der römischen Caducität, um Interpretation einiger zum Theil nachträglich von Tribonian veränderter Stellen, ferner um die Feinheiten der Konjunktion u. dgl.

Auch wir können nicht umhin, auf das Wesen der Accrescenz einzugehen, aber nachdem neuerdings Hofmann in seiner Schrift »Ueber den Grund des Anwachsungsrechtes unter Miterben« in »Kritische Studien im Römischen Recht«, Wien 1885, eine vorzügliche Zusammenstellung der vorhandenen Meinungen gegeben hat, wird dies sehr kurz geschehen können.

Für das alte römische Recht ist gewiss die Ansicht richtig, dass die Anwachsung, unabhängig von dem Willen des Erblassers, ihren Grund in zwingender, durch die Verquickung des privaten mit dem sacralen Recht hervorgerufener Norm gehabt hat. Ja, es liegt die Vermuthung nahe, dass es in Rom eine Zeit gegeben hat, zu der (wahrscheinlich im Interesse der von dem pater familias

darzubringenden Opfer) überhaupt nur ein Erbe testamentarisch berufen werden konnte: »namque olim familiae emtor ..... heredis locum obtinebat« (Gaius II. 103), wo man also von Accrescenz noch garnicht reden konnte.

Aber auch als dies sich änderte und die Einsetzung mehrerer Erben zulässig wurde, stand doch bei dieser altcivilen Erbfolge die persönliche Seite, die Repräsentation des Erblassers durch den Erben im Vordergrunde, so dass der Erblasser, auch wenn er Mehrere zu Erben berief, eine eigentliche Theilberufung nicht eintreten lassen konnte. Je mehr sich aber das römische Erbrecht entwickelte, umsomehr musste naturgemäss die Bedeutung des »heres« als eines solchen, der sich gewissermassen in die Person des Erblassers einkleidete, verschwinden, und der gewisse oder muthmassliche Wille des Testators zur Geltung kommen. Wie sehr die Achtung des letzten Willens auch für das römische Accrescenzrecht der Honorirten massgebend gewesen ist, zeigt (so führt Hofmann S. 60, 61 aus) folgende Betrachtung. Das Recht der mit einem gemeinschaftlichen Vermächtnisse Honorirten beruht nach der herrschenden Ansicht (unbestritten im Justinianischen Recht) überhaupt auf dieser Grundlage. Die Accrescenz unter Mitinstituirten kann durch Substitution ausgeschlossen werden. Der Vorzug der Transmission und Substitution vor der Accrescenz beruht auf der Berücksichtigung jenes Willens. Der dem älteren Rechte fremde Satz »portio accrescit cum onere« beruht auf dem wahrscheinlichen und weicht daher dem erkennbaren anderweitigen Willen des Testators. Die Art der Vertheilung der vacanten Portion beruht, wie die Lehre von der Konjunktion zeigt, auf der Berücksichtigung des letzten Willens. Kurz: diese Berücksichtigung findet einen Damm nur an dem Satze: »nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest« und, wo dieser durchbrochen ist, nimmt sie auch das übrige Terrain ein. Weil für den Soldaten dieser Satz nicht gilt, ist es bei seinem Testamente ledig-

lich Willensfrage, ob der erledigte Theil den gesetzlichen oder den miteingesetzten Erben zufallen solle, wie uns Paulus in der l. 37 D. de test. mil. 29,1 ausdrücklich belehrt.

Bei der Accrescenz sprechen also zwei Factoren mit: einmal der Satz nemo pro parte etc. als den Willen des Testators überwindende absolute Norm; sodann der Wille des Erblassers, der nur insoweit nicht respectirt wird, als ihm jener Rechtssatz im Wege steht. Der die Accrescenz direct verbietende Wille wird nur darum nicht berücksichtigt, weil er etwas nach römischem Rechte Unmögliches anordnet.

Man kann demnach weder denjenigen zustimmen, welche allen Nachdruck auf jenen Rechtssatz bei der Begründung des Wesens der Accrescenz legen, noch denjenigen, welche ihn als zur Erklärung überhaupt untauglich bei Seite schieben, vielmehr ist aus diesen beiden zusammenwirkenden Factoren heraus die Frage nach dem Wesen des Accrescenzrechts zu beantworten.

Wenn nun aber, abgesehen von der Anwachsung kraft Gesetzes, der Wille des Testators allein dieselbe begründet, so fragt es sich: in welcher Weise ist diese Begründung aus dem letzten Willen zu formuliren? Was hat der Testator gewollt? Nehmen wir an, er hat A und B schlechthin, C auf $^1/_{12}$ eingesetzt. Kann man dem so ausgesprochenen Willen gegenüber daran festhalten, wie es die herrschende Lehre thut, dass jeder Erbe nichtsdestoweniger auf die ganze Erbschaft eingesetzt ist? Damit provocirt man den Tadel, es sei »im höchsten Grade« unnatürlich, von dem auf $^1/_{12}$ Eingesetzten zu sagen: er sei zur ganzen Erbschaft berufen. — Noch weniger darf man sagen: »C ist zunächst auf $^1/_{12}$, eventuell auf die ganze Erbschaft eingesetzt«, weil dies zu dem Missverständnisse Anlass giebt, als ob es sich um eine pure und eine bedingte Einsetzung handele. — Man darf auch nicht sagen, dass die Theile lediglich concursu fiunt. Diese verfehlte Fassung hat den Vorwurf erfahren, dass danach »mehrere Miterben stets und unbedingt nur völlig gleiche Erbtheile erhalten können«.

Der allein richtige Gedanke ist: Die Grösse der Erbtheile hängt ab a) von dem vom Testator bezw. bei Intestaterben vom Gesetze [1]) vorgeschriebenen Theilungsmodus und b) von dem Umstande, wer aus denjenigen, die hätten Erben werden können, wirklich Erbe wird. Die den Willen des Testators richtig zum Ausdruck bringende Formel ist also die: Alle Erben sind zusammen (gemeinschaftlich) zum ganzen Nachlass berufen, und die Theilbestimmung ist keine absolute, sondern eine relative. Denn wenn der Testator durch eine erschöpfende Vertheilung der Erbschaft die gesetzlichen Erben ausgeschlossen hat, so ist es klar, dass er ihnen die eingesetzten vorgezogen hat. Wenn er diese auf bestimmte Quoten instituirt hat, so hat er damit nur einen Massstab aufstellen wollen, nach welchem sie die ihnen allein zugedachte Erbschaft unter einander theilen sollen. Die Theilbestimmung ist also vom Testator nicht als ein Maximum gedacht, über das hinaus er den Erwerb durch den Honorirten verbietet, sondern als ein Minimum. Evident ist dies dort, wo der Testator von Erbtheilen gar nicht redet. Es ist aber auch dort wahr, wo er es thut, indem er damit nicht eine feste Einschränkung, nur eine Proportion für die Theilung der von ihm Berufenen unter sich gegeben hat. — Durch die Delation wird also Jeder mit den Andern zur ganzen Erbschaft berufen, folgerichtig wird dem Einzelnen nicht eine certa pars deferirt, sondern soviel, als nicht anderweitig mit Erfolg vergeben ist. Ob und in welchem Umfange dies der Fall, stellt sich erst nachträglich heraus. Es findet daher bei der Anwachsung kein neuer Erwerb statt, der Umfang des alten wird nur richtiggestellt. Aus diesem Grunde haben denn auch die römischen Juristen, die im Uebrigen so streng auf die

1) Das Gesetz bringt den muthmasslichen Willen des Erblassers zur Ausführung. Hofmann nimmt dies wohl als selbstverständlich an und erwähnt es nicht weiter.

»vera et certa scientia« des Antretenden hielten, eine bestimmte Vorstellung über die Grösse des Erbtheils nicht verlangt (l. 5 § 1 D. si pars hered. pet. 5.4; l. 21 § 3 h. t.) [2]).

Als Resultat der Ausführungen ergiebt sich: Accrescenz war in Rom ursprünglich Sache rechtlicher Notwendigkeit, wurde aber allmählich immer mehr in Beziehung gebracht zu dem ausgesprochenen oder muthmasslichen Willen des Erblassers. Zu einer vollständigen neuen Grundlage konnte das römische Recht nicht kommen, weil es seine geschichtlichen Anfänge nicht abzustreifen vermochte.

Gehen wir nun zu dem eigentlichen Gegenstand der Abhandlung über: was wird aus den Lasten des anwachsenden und des durch Anwachsung vergrösserten Erbtheiles?

Ueber die onera ergiebt die Geschichte: ursprünglich accrescirte, wie auch bei der Substitution, regelmässig sine onere, insbesondere dann, wenn ein Miterbe »nominatim« belastet war und ausfiel [3]); ferner wenn ein Erbtheil durch eine von Anfang an ungültige Verfügung vergeben war, die Anordnung also pro non scripta galt [4]). Nur wenn der Testator den Erbtheil als solchen, nicht den deficirenden Erben beschwert hatte, ging die Last in der Anwachsung mit über [5]). — Dies änderte sich, als durch Rescripte des Kaisers Sept. Severus der substitutus verpflichtet wurde, die dem institutus auferlegten Lasten zu übernehmen, indem diese Vorschrift analog auf die Miterben als »quasi substituti« angewendet wurde [6]). Jetzt wurde also Grund-

---

2) Hofmann S. 66, 67, 76 bis 78.

3) l. 29 §§ 1, 2 D. de leg. II.

4) Die beiden Ausnahmen in l. 5 D. de his, quae pro non script. hab. 34.8 und l. 26 § 6 D. de fideicom. lib. 40.5 interessiren hier nicht.

5) l. 49 § 4 D. de leg. et fid. II (31).

6) l. 61 eod.

satz: portio semper cum onere accrescit; ihn hat auch Justinian in der l. un. C. de cad. toll. 6.51 übernommen.

Dass umgekehrt auch der anwachsende Theil von der Last des durch ihn vergrösserten Erbtheiles ergriffen wird, d. h. also, dass auch in onus accrescirt, folgt aus den obigen, das Wesen der Accrescenz kennzeichnenden Ausführungen mit Notwendigkeit. Wir haben dort gesehen, dass selbst dann, wenn der Testator seine Erben auf bestimmte Theile eingesetzt hat, er diese Theilbestimmung doch nur als eine relative aufgefasst haben will. Die Erbtheile sollen Minima, nicht Maxima darstellen; sie sind keine konstanten Grössen. Hat also der Erblasser über einen Erbtheil Verfügung getroffen, so unterliegt derselben Alles, was der Erbe nach definitiver Entscheidung: wer zum Erwerbe gelangt ist und wer nicht, aus der Erbschaft erhält, also auch der Anwuchs. Es ist dies nothwendig, denn im Momente des Wegfalls eines Miterben werden die beiden Portionen eine; es giebt jetzt nur einen Erbtheil. Man kann daher wohl sagen, dass die Verfügung des Erblassers über einen Erbtheil implicite die ganze Erbschaft belastet, ein Fall, der thatsächlich eintritt, wenn der mit Anderen eingesetzte Erbe Alleinerbe wird. Nur darf man die Begründung nicht derart formuliren, dass man sagt: die Verfügung des Testators muss den accrescirenden Theil ergreifen, weil dieser ein integrirender Bestandtheil der ursprünglichen Portion gewesen ist. Mit Recht bemerkt dagegen Windscheid [7]), dass beide Portionen, die ursprüngliche sowohl wie die anwachsende, integrirende Bestandtheile des Ganzen, der Erbschaft sind. Vielmehr müssen wir so argumentiren: der Erblasser bietet allen Erben gemeinschaftlich den ganzen Nachlass an, aus diesem Grunde kann und will er keine absolute Theilbestimmung treffen, und darum sind alle seine Anordnungen, wenn er sie auch nur für einen Erbtheil ge-

7) III S. 226 Note 14 ad 1.

troffen hat, für den Erwerber desselben unbeschränkt bindend. Das accrescere in onus ist also eine Konsequenz des richtig verstandenen Satzes der l. 80 D. de leg. III: totam hereditatem singulis dari, partes autem concursu fieri.

Wenn nun aber das accrescere in onus seinen Grund in dem Willen des Testators hat, so wird in solchen Fällen, in denen sich der letzte Wille dahin zu erkennen giebt, dass der accrescirende Theil frei bleiben soll, ein accrescere in onus nicht Platz greifen. Je mehr die Achtung vor dem Willen des Erblassers bei den Römern in den Vordergrund trat, wird auch eine dahingehende Anordnung desselben leichter Berücksichtigung gefunden haben. Ein derartiger Wille des Testators wird sich indessen nur in seltenen Fällen kundgeben. Windscheid [8]) geht daher u. E. zu weit, wenn er das, was hier als Ausnahme hingestellt wird, zur Regel erhebt.

Wir wollen jetzt die eben entwickelte Lehre von dem accrescere cum onere und in onus auf einzelne praktische Fälle anwenden und zwar

1) auf den Fall der Schuldenhaftung. Die erste Frage hier lautet: sind die auf dem accrescirenden Theile haftenden Schulden von dem Erwerber desselben zu bezahlen?

Bei der Beantwortung dieser Frage ist davon auszugehen, dass sich die Anwachsung unabhängig von dem Willen des Erben vollzieht [9]). Es ist ihm — und kann ihm nach der besprochenen Grundanschauung der Römer von der Erbfolge nicht gestattet sein, die accrescirende Portion auszuschlagen und sich auf seinen ursprünglichen Erbtheil zu beschränken, weil er jene mit diesem erworben hat, und weil gegen den Fundamentalsatz: semel heres semper heres verstossen werden würde, wenn man dem Erben das Ausschlagen des Anwuchses freistellte. — Voll-

8) III S. 225 No. 4.

9) l. 35 pr. l. 53 § 1 de acq. v. om. her. 29.2; l. 59 § 7 de hered. iust. 28.5 u. a.

zieht sich aber die Anwachsung ohne Wissen und Willen des Erben ipso iure im Momente des Eintritts, so muss der Erbe, dem anwächst, auch die auf dem accrescirenden Theile ruhenden Lasten nach dem oben erörterten Grundsatze: »portio semper cum onere accrescit« vertreten. Wollte man hier anders entscheiden, so würde man dem Willen des Erblassers zuwiderhandeln, denn es spricht nichts dafür, dass der Erblasser die Absicht gehabt hat, denjenigen von seinen Erben, dem der Ausfall eines Anderen zu statten kommt, besser zu stellen als jenen. Eher kann man das Gegentheil annehmen und sagen: wenn der Testator schon den in erster Reihe auf einen Erbtheil Berufenen nicht günstiger gestellt hat, wird er den in zweiter Linie — durch die Anwachsung — dazu Gelangenden gewiss nicht besser haben bedenken wollen. Da es zweifellos ist, dass der weggefallene Erbe für die Schulden hätte einstehen müssen, wenn er zum Erwerbe gelangt wäre, so muss es auch der, welcher an seine Stelle tritt. —

Ganz in unserem Sinne spricht daher Unger[10]), wenn er die Verpflichtung zur Uebernahme der auf dem zuwachsenden Theile liegenden Lasten aus dem muthmasslichen Willen des Erblassers herleitet, der dahin gehe, dass der Mitberufene den frei gewordenen Erbtheil nicht unter günstigeren Bedingungen behalten solle, als ihn der ausfallende Miterbe erhalten hätte.

Dass aber unter »Lasten« auch die auf der Erbschaft lastenden, nach dem Satze: »nomina sunt ipso iure divisa« auf die Erbportionen verhältnissmässig sich vertheilenden Schulden begriffen sind, bedarf wohl keiner weiteren Ausführung. Literatur und Praxis sind hierüber gleich einig.

Donellus hebt in seinem commentarius de iure civili lib. VII cap. 12 § 31 ausdrücklich hervor, dass die Anwachsung in gleicher Weise die commoda wie die incom-

10) In seinem österr. Erbrecht § 38, vgl. Gruchot »Pr. Erbrecht« Bd. 1 S. 554 Anm. 1.

moda begreife und dass in letzterer Hinsicht insbesondere die Schulden sowie die auf den ausfallenden Erbtheil gelegten Legate und Fideicommisse auf den Erwerber übergehen. Er sagt dort wörtlich:

»Postremo quaeritur, utrum portiones deficientium sine onere accrescant, au cum onere. Dicimus, cum suo onere tum aeris alieni, tum legatorum et fideicommissorum, quae a deficientibus relicta erant, ut expressum est in l. un. § 10 C. de cad. toll. Ex quo rursum intelligitur, quam vere dixerimus, jus accrescendi, quod partem hereditatis iam quaesitam sequitur, non solum ejus partis commodum, sed etiam incommodum continere. Commodum in bonis et rebus ipsis, quae accedunt, incommodum in onere his ipsis bonis adiuncto; quod et ipsum illi parti coniungitur.«

Auch Dernburg [11]) ist es zweifellos, dass der Erwerber des accrescirenden Theiles die Schulden, die darauf ruhen, bezahlen muss. — Dessgleichen wird die vorliegende Frage in zwei Erkenntnissen des Ober-Tribunals zu Stuttgart [12]) und insbesondere des Appellations-Gerichts zu Hamm [13]) aufgeworfen und entschieden bejaht. — Nebenbei mag hier bemerkt sein, dass die Partikularrechte sich in gleichem Sinne aussprechen, so schreibt das österr. bürgerl. Gesetzbuch in § 563 vor: »Wer den erledigten Erbtheil erhält, übernimmt auch die damit verknüpften Lasten, insofern sie nicht auf persönliche Handlungen des eingesetzten Erben eingeschränkt sind;« so auch das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen in § 2275: »der Erbe, welchem ein Erbtheil anwächst, ist zur Erfüllung der von dem Erblasser darauf gelegten Lasten verpflichtet, ausgenommen wenn diese sich blos auf die Person des Wegfallenden beziehen.« — Das preussische A.L.R. spricht sich über die Frage nicht positiv aus, doch muss aus der

11) III S. 176.

12) Abgedruckt in Seuffert's Archiv Bd. I No. 266.

13) Vom 10. November 1855, abgedruckt bei Gruchot a. a. O. S. 552.

Fassung des § 287 Th. I Tit. 12: »Er (sc. der Erbe, dem anwächst) darf aber denjenigen, welchen aus solchem Zuwachse Vermächtnisse beschieden sind, nicht weiter gerecht werden, als der angefallene Erbtheil selbst hinreicht« — vermöge des argumentum e contrario geschlossen werden, dass der Gesetzgeber unsere Frage für die Regel bejaht und nur für die Haftung den Legatarien gegenüber aus Billigkeitsrücksichten eine Beschränkung eingeführt hat. Diese, auch von Gruchot [14]) gebilligte Ansicht vertritt das bereits citirte Erkenntniss des Appellations-Gerichts zu Hamm, in welchem ausgeführt wird, dass der § 287 I 12 aus der ausdrücklichen Beschränkung auf das den Legatarien gegenüber bestehende Verhältniss entnehmen lässt, dass die Rechte der Nachlassgläubiger dadurch nicht berührt werden sollen.

Es erhebt sich aber die Frage: was ist darunter zu verstehen, wenn es heisst, der Erbe muss für die auf dem anwachsenden Theile lastenden Schulden den Gläubigern eintreten? Soll damit nur gesagt sein, er haftet bis zum Betrage des Anwuchses und weiter nicht, oder soll darunter verstanden sein, dass er auch seinen ursprünglichen Erbtheil hergeben muss, um den Gläubigern gerecht zu werden; oder ist er gar mit seinem eigenen Vermögen verhaftet?

Nach den bisherigen Ausführungen kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die Frage in dem letzteren Sinne bejaht werden muss. Hat der Erbe einmal angetreten, so muss er den Erblasser nach dessen Willen im ganzen Umfange vertreten. Er haftet den Gläubigern unbeschränkt, mit seiner Person und seinem gesammten Privatvermögen, es sei denn, dass er sich durch das beneficium inventarii salvirt hat. Auch das mehrfach citirte Erkenntniss des A.-G.'s zu Hamm sagt: die Frage, ob auch hinsichtlich des angewachsenen Theiles eine Verhaftung aus

14) a. a. O. S. 554, 555.

eigenem Vermögen für die Nachlassschulden gesetzlich gegründet sei, müsse bejahend beantwortet werden, weil der § 287 I 12 A.L.R.'s eine beschränkte Haftung des Erben nur für Vermächtnisse statuire, im Uebrigen eine Abänderung der hier unstreitigen Bestimmungen des römischen Rechts über die Wirkungen des Accrescenzrechts nicht beabsichtigt sei. — Auch Dernburg nimmt die unbeschränkte Haftung des der Rechtswohlthat des Inventars verlustig gegangenen Erben als selbstverständlich an.[15]) — Gerade deswegen ist das beneficium inventarii in das Rechtssystem eingeführt worden, um die in der unbegrenzten Haftung des Erben liegende Härte zu beseitigen. Als vorsichtiger Mensch soll er sich immer die Beneficialqualität sichern, auch dann, wenn zwar aus der Annahme seines Erbtheiles an sich keine Nachtheile drohen, wohl aber wegen Ueberschuldung der anwachsenden Portion. — Hierbei ist es auch gleichgültig, ob der deficirende Erbe für seine Person inventarisirt hatte oder nicht. Der Umfang der Haftung bleibt bezüglich der anwachsenden Portion ganz derselbe wie bezüglich des ursprünglichen Erbtheiles. Eine verschiedene Beurtheilung ist nicht möglich, weil beide Portionen nach der Anwachsung in eine verschmolzen sind derart, das es jetzt nur einen untheilbaren Erbtheil giebt.[15a]) — Den Erwerber der accrescirenden Portion schützt nur die in seiner Person erworbene Beneficialeigenschaft, er haftet immer unbeschränkt, wenn der ausfallende Erbe inventarisirt hatte, er aber nicht.

Wenn wir sagten, die Haftung des Erben für die Schulden sei eine unbegrenzte, so liegt darin zugleich, dass

15) Pandekten III S. 176.

15a) So schon Mühlenbruch im Komment. Bd. 41, S. 430: »er durfte das Inventar nicht auf seine Erbquote beschränken, deshalb kann hier auch nichts darauf ankommen, dass die Erbschaft (anfänglich) nur zu einem Theile deferirt war.

er den Anwuchs zur Deckung der auf seinem ursprünglichen Erbtheil ruhenden Schulden verwenden muss, mit andern Worten, dass auch in onus accrescirt. Dieser zweite Theil der Frage bedarf keiner weiteren Erörterung.

Mit dem Fall der Schuldenhaftung steht in engem Zusammenhange die Frage, ob

II) in Folge der Eröffnung des Konkurses über den einen Erbtheil auch der andere in Mitleidenschaft gezogen wird und in welcher Weise?

Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs f. d. deutsche Reich will hierüber in § 2119 bestimmen:

»Sind mehrere Erben vorhanden, so findet in Ansehung des Erbtheiles eines jeden Erben der Konkurs besonders statt. Die Konkurse über die Erbtheile sind in einem Verfahren zu verbinden, sofern nicht besondere Gründe einer solchen Verbindung entgegenstehen« —

und die Motive bemerken hierzu:[16]) das von dem Entwurf aufgestellte Princip des getrennten Konkursverfahrens über den Erbtheil eines jeden Erben rechtfertige sich aus dem von dem Entwurf angenommenen Grundsatze der getheilten Schuldenhaftung der Erben (§ 2051). Mit diesem Grundsatze würde sich ein einheitliches Konkursverfahren über den Nachlass als solchen um so weniger vertragen, als nach den §§ 1876, 1886, 1995—1997, 2164 oft die einzelnen Erbtheile mit Verbindlichkeiten, welche nach dem § 2117 im Nachlasskonkurse geltend gemacht werden dürfen, verschieden belastet oder beschwert sein können. Nach den Vorschriften des Entwurfs werde auch der Fall nicht selten sein, dass nur ein Erbtheil überschuldet und nur über diesen der Konkurs zu eröffnen sei.

Hier verweisen die Motive zu dem Entwurf auf die Motive der Reichskonkursordnung S. 452, in welchen zu der vorliegenden Frage wörtlich ausgeführt ist:

---

16) Band V, S. 642 (zu § 2119.)

»Das Konkursverfahren wird in der Regel den ganzen Nachlass zum Gegenstand haben, auch wenn mehrere Erben vorhanden sind. Sofern jedoch letzteren Falles der Nachlass kraft des Gesetzes in verschiedene Erbtheile zerfällt oder zufolge der Auseinandersetzung der Miterben getheilt ist, so kann ein Konkursverfahren auch über den Erbtheil eines unbekannten oder eines mit der Rechtswohlthat erbenden Miterben stattfinden, vorausgesetzt, dass der Erbtheil im Verhältniss zu den Antheilen der anderen Miterben und im Verhältniss zu dem eigenen Vermögen des Erben ein rechtlich getrenntes, selbsständiges Vermögen bildet. Ueber diese Voraussetzungen entscheidet das Civilrecht.«

Es fragt sich demnach: sind nach gemeinem Recht die einzelnen Erbportionen, jede für sich, dergestalt als selbstständige Vermögensbestandtheile anzusehen, dass ein getrenntes Konkursverfahren über jede einzelne möglich ist? —

Die Frage ist zweifellos zu bejahen; wir treten damit durchaus nicht in Widerspruch mit unseren obigen Ausführungen, nach denen die verschiedenen Theile der hereditas ein einheitliches Ganzes bilden. Denn diese innere Zusammengehörigkeit der Erbtheile offenbart sich erst bei dem Wegfall eines Miterben. Erst dann verschmelzen die Theile in einen: ein Fall, der nicht nothwendig einzutreten braucht uud bis zu dessen Eintritt die verschiedenen Erbtheile ebensoviele rechtlich getrennte Vermögensganze in den Händen ihrer Eigenthümer darstellen.

Daher kann auch nach gemeinem Recht ein getrenntes Konkursverfahren über einen Erbtheil stattfinden.

Dies kann sowohl bei dem anwachsenden als bei dem bereits erworbenen Theile eintreten. Was wird daraus in beiden Fällen?

Sprechen wir zunächst davon, dass über den accrescirenden Theil Konkurs eröffnet worden ist! — Es lassen sich hier drei Möglichkeiten denken, nämlich dass entweder das Konkursverfahren in Folge der Anwachsung endigt, oder dass es unbeeinflusst von derselben in dem gleichen

Umfange seinen Fortgang nimmt, oder endlich dass es ipso iure auch den bereits erworbenen Theil mitergreift.

Endigen kann das Konkursverfahren allein in Folge der Accrescenz nicht, weil keiner der gesetzlichen, von der Reichskonkursordnung bestimmten Endigungsgründe vorliegt (§§ 151, 175, 188, 190.). Erweitern kann es sich ebensowenig. Denn nach der Vorschrift der R.K.O. umfasst das Konkursverfahren ausschliesslich dasjenige Vermögen, welches in § 1 als Konkursmasse bezeichnet ist; also »das gesammte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört.« — Zu dieser Konkursmasse gehörte aber im vorliegenden Falle ausschliesslich der demnächst anwachsende Erbtheil, weil nur dieser Eigenthum des Gemeinschuldners war, der bereits fest erworbene Theil aber einen anderen Eigenthümer hatte.[17]) Es kann mithin nur der accrescirende Erbtheil von dem Konkursverfahren getroffen sein.

Wenn aber das Konkursverfahren durch die Anwachsung weder endigen noch sich erweitern kann, so bleibt von den aufgestellten drei Möglichkeiten nur die eine übrig: dass das Konkursverfahren unberührt von der Anwachsung mitübergeht, nur dass es sich in seinem Fortgange gegen den neuen Eigenthümer richtet.

Das Gleiche muss für den umgekehrten Fall gelten, dass über den bereits erworbenen Erbtheil Konkurs ausbricht und dem Erben nun eine zweite Portion anwächst. Wie in dem zuerst behandelten Falle die bereits erworbene Portion, so bildet hier die accrescirende ein ausserhalb des Konkursverfahrens stehendes, mit der Masse nicht zusammenhängendes Object, welches unmöglich durch das über

17) Bemerken müssen wir, wie auch in den angezogenen Motiven zur R.K.O. betont ist, dass es sich hier überall nur um Beneficialerben handeln kann, weil anderenfalls ein Konkurs über den Nachlass bezw. dessen Theile nicht möglich ist.



den erworbenen Theil eröffnete Verfahren in Mitleidenschaft gezogen werden kann.

Eine ganz andere Frage ist es, ob und in welchem Umfange der Erwerber des Anwuchses ausserhalb des Konkursverfahrens den Gläubigern verhaftet ist. Die Beantwortung dieser Frage ergiebt sich aus den obigen, die Schuldenhaftung betreffenden Ausführungen, nach denen der Erbe subsidiär mit seinem ganzen Vermögen haftet, wenn er nicht Beneficialerbe geworden ist.

Auch

III) bei der Kollationspflicht ist die Frage von Bedeutung, wie sich dieselbe im Falle der Accrescenz gestaltet.

Die Kollation ist nicht eigentlich ein onus des Erbtheils, sondern eine persönliche Pflicht des Erben, aber praktisch erscheint sie als eine Verminderung (Vorausempfang) des Erbtheils, wenn der Pflichtige antritt. Wer ohne Kollationspflicht an seine Stelle tritt, erhält im Resultat mehr, als jener erhalten haben würde, und deshalb sind die Miterben sehr dabei interessirt, ob die Kollationspflicht gleichsam dem Erbtheil anhaftet oder nicht. — Hierbei ist zu bemerken, dass der Kollationspflichtige allen miterbenden Descendenten conferiren muss, nicht blos denjenigen, welche er beschränkt. Denn Grundgedanke der neueren Kollation ist, dass zwischen Gleichstehenden keine Ungleichheit durch Zuwendungen seitens des Erblassers begründet werden soll. Daher muss, wie Windscheid[18]) ausführt, ein Enkel von einem verstorbenen Kinde nicht nur seinem Bruder konferiren, sondern auch dem Oheim. Anderenfalls würde der Oheim nicht weniger zurückgesetzt sein, als wenn sein eigener Bruder eine ihm gemachte Zuwendung für sich behalten könnte, und es würde der Oheim seinerseits einem Stamm zu konferiren haben, von dem er Nichts zurückempfinge. — Ebenso sagt Dern-

---

18) Pandekten Bd. 3, S. 254, 255 u. Anmerkung 6.

burg [19]): »Der ausgestattete Enkel von einem vorverstorbenen Kinde des Erblassers muss nicht bloss seinen Geschwistern konferiren, sondern nicht minder einem miterbenden Kinde des Erblassers, seinem Oheim.«

Zu welchem Resultat gelangen wir nun, wenn wir diesen für die Kollation massgebenden Gesichtspunkt auf den Fall der Accrescenz anwenden? — Nehmen wir in Uebereinstimmung mit dem von Windscheid und Dernburg angeführten Falle an, dass ein Sohn A des Erblassers und zwei Enkel B und C von einem vorverstorbenen zweiten Sohne als Erben hinterblieben sind, von denen B, weil ausgestattet, kollationspflichtig ist. Tritt Letzterer an, und erreicht das Konferendum die Höhe seines Erbtheils, so wird derselbe auf die Ausstattung verrechnet. B. erhält also im Resultat Nichts; der Oheim A $^{1}/_{2}$, der andere Enkel C $^{1}/_{4}$ der Erbschaft. — Uebersteigt der Werth der Ausstattung das Perzipiendum aus der Erbschaft, so ist das Resultat auch kein anderes für B, denn er darf um der Kollation, willen nicht ärmer werden als er zuvor war. [20]) Jedenfalls wird er in einem solchen Falle ausschlagen oder, wenn er dies nicht mehr kann, seiner Kollationspflicht nicht nachkommen. Da ein directer Zwang zur Erfüllung der Kollationspflicht nicht stattfindet, so kann die Folge ihrer Nichterfüllung nur die sein, dass der Kollationspflichtige seinen Erbtheil an die Kollations-

---

19) Pandekten Bd. 3, S. 284 u. Anmerkung 12.

20) Dies erscheint zweifellos, wenn man mit Dernburg Bd. 3 § 141 S. 285 u. Anmerkung 17 und Brinz Bd. 3 § 410 S. 299 annimmt, dass sich die neuere Kollation durch Anrechnung bei der Vertheilung des Nachlasses vollzieht. Hält man dagegen mit Windscheid (S. 262 u. Note 29) principiell daran fest, dass der Kollationspflichtige zunächst in natura einzuwerfen hat, so kann er durch die Kollation ungünstiger zu stehen kommen, als er vordem gestanden hat (so Vangerow Bd. 2 S. 396 Note 4; Brinz a. a. O. Anmerkung 23).

berechtigten verliert.[21]) In diesem Falle würde also der Erbtheil des B zu je 1/8 an A und C fallen, dieselben also 2/3 (1/2 + 1/8) bezw. 1/3 (1/4 + 1/8) der durch die Vorausgabe geschmälerten Nachlassmasse erhalten.

Schlägt hingegen B aus, so erheben sich zwei Fragen, erstens die hier weniger interessirende, wem accrescirt, als die ausführlich zu behandelnde: ob die Kollationspflicht des ausgestatteten B, trotzdem sie im Princip — wie bemerkt — eine rein persönliche Verpflichtung ist, auf die Erwerber der accrescirenden Portion mit übergeht?

In ersterer Hinsicht ist nur zu sagen, dass nach den im Allgemeinen für die Accrescenz geltenden Bestimmungen anwächst,[22]) in unserem speciellen Falle also ausschliesslich dem in derselben Linie erbenden C. Er steht sich also sehr gut, wenn sein Bruder ausschlägt, weil er die Hälfte (1/4 + 1/4) der Erbschaft erhält, während ihm im Falle des Antritts seines Bruders nur 1/4 bezw. 1/3 des Nachlasses zufällt. — Die zweite Frage hat im Gebiete des gemeinen Rechts eine verschiedene Beantwortung erfahren. Dernburg[23]) sagt: »Es ist gemeinrechtlich bestritten, ob der Descendent, welchem die Erbportion eines ausgestatteten Descendenten durch Accrescenz anheimfiel, zu konferiren habe, was der Wegfallende hätte konferiren müssen. Nach preussischem Recht hat die Ausgleichung zweifelsohne stattzufinden.«

Für das gemeine Recht hat insbesondere noch Pfitzer[24]) auf Grund der l. un. C. de cad. toll. 6. 51 behauptet, dass auch auf diejenigen, welche durch Accrescenz in den Erbtheil eines Kollationspflichtigen eintreten, die Kollations-

21) Windscheid S. 261 und Note 25; Vangerow § 515 S. 381 Anmerkung 6.

22) Ueber den Vorzug der Accrescenz vor der successio graduum siehe Merkel »die Lehre von d. succ. grad. unter Intestaterben« §§ 7 ff.

23) Preuss. Privatrecht Bd. 3 S. 705 u. Note 14, 15.

24) »Ueber d. Kollation der Descendenten« § 100.

pflicht übergehe. Im Uebrigen verneinen eigentlich alle Heutigen[25]) den Uebergang der Ausgleichungspflicht im Falle der Accrescenz. So sagt Fein, nachdem er des Näheren ausgeführt hat, dass auch die Erben kollationspflichtiger Personen konferiren müssen und dass auch den Transmissaren diese Pflicht obliege: »Auf andere Weise verhält sich die Sache beim Accrescenzrechte. Denn hier ist kein so inniger Verband zwischen dem Ausfallenden und Eintretenden, indem das Medium der Beerbung nicht erforderlich ist. Für die Befreiung der durch Accrescenzrecht Eintretenden von der Pflicht, die conferenda des Weggefallenen zu konferiren, spricht ferner der Umstand, dass sie diese Collationsobjecte meistentheils nicht besitzen werden und dass für die aequalitas unter den Descendenten schon dadurch gesorgt ist, dass die jure accrescendi eintretenden Descendenten aus ihrer eigenen Person, d. h. zur Collation dessen verpflichtet sind, was sie selbst Conferirbares von dem Erblasser erhalten haben.«

Es lässt sich indessen nicht verkennen, dass diese herrschende Ansicht der ratio des Instituts nicht entspricht. Denn der Grundgedanke der Kollation ist der: eine Bevorzugung einzelner von mehreren dem Erblasser gleich nahestehenden Erben auszuschliessen, weil der Erblasser sie präsumtiv nicht gewollt hat, sie also nach dem Grundsatze der aequitas ungerechtfertigt erscheint. Deshalb sollen bestimmte, von dem Erblasser den Erben vorweg gemachte Zuwendungen von diesen zum Nachlass zurückgewährt oder ihnen in Anrechnung gebracht werden, damit die Erbtheile gleichberechtigter Erben gleiche werden. Baut sich aber die Kollation auf dem anzunehmenden Willen des Erblassers auf, so werden wir principiell davon

---

25) Fein »Recht d. Kollation« S. 369; Vangerow II S. 392 Note 6; Windscheid III S. 254 Note 3 zu § 610 (wenigstens bejaht er nur für den Fall der Transmission); Rosshirt »Einleitung in d. Erbrecht« S. 437.



ausgehen müssen, dass dieser Wille nicht dadurch vereitelt werden kann, dass ein anderer Erbe den Erbtheil eines Ausgestatteten durch Anwachsung überkommt. Die ratio ist in dem einen wie in dem anderen Falle dieselbe; es ist dasselbe minus in der Erbmasse, das unberechtigt Einzelnen zu Gute kommt. Wenn daher Fein a. a. O. seine Ansicht damit begründet, dass die Erben, denen die Portion eines Ausgestatteten anwächst, die zu konferirenden Objecte meistentheils nicht besitzen werden und dass sie eventuell schon für ihre eigene Person kollationspflichtig sein können, so müssen die Gründe für unerheblich erachtet werden, weil in keinem Falle hier dadurch der Fehlbetrag gedeckt wird, der durch den Vorausempfang des ausfallenden Erben entstanden ist.

Mit vollem Recht schliesst sich daher der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs f. d. D. R. dem preussischen Recht an. Er will in § 2160 vorschreiben:

»Wenn ein Abkömmling eine Zuwendung, wegen welcher er als Erbe zur Ausgleichung verpflichtet sein würde, erhalten hat, aber den Erblasser nicht überlebt oder die Erbschaft ausgeschlagen hat oder durch letztwillige Verfügung des Erblassers oder durch Erbverzicht von der Erbfolge ausgeschlossen oder für erbunwürdig erklärt ist, so ist der auf Grund der gesetzlichen Erbfolge an dessen Stelle berufene Abkömmling des Erblassers auch wegen einer solchen Zuwendung zur Ausgleichung verpflichtet.«

Ganz in obigem Sinne ist in den Motiven[26]) hierzu ausgeführt, dass Rücksichten auf die Billigkeit und den anzunehmenden Willen des Erblassers die gegebene Entscheidung rechtfertigen. Würde von dem an die Stelle des wegfallenden Empfängers der Zuwendung Tretenden die Zuwendung nicht zur Ausgleichung gebracht, so wäre das Ausgleichungsrecht von zufälligen Ereignissen und im

---

26) Bd. 5 S. 704, 705.

Falle der Ausschlagung der Erbschaft seitens des Empfängers sogar von dessen Willkür abhängig.

Dass in dem umgekehrten Falle, in welchem einem kollationspflichtigen Miterben der Erbtheil eines nicht Ausgestatteten, also nicht zur Ausgleichung Verpflichteten accrescirt, sich der Miterbe auch die Verrechnung seiner Ausstattung auf den anwachsenden Theil gefallen lassen muss, ist selbstverständlich, weil derselbe in seinen Erbtheil aufgegangen ist. Konferirt er in einem solchen Falle nicht, so verliert er sein Erbrecht, d. h. die ursprüngliche wie die accrescirende Portion fallen den Kollationsberechtigten zu.

Wohl die hauptsächlichste Form der Belastung einer Erbschaft ist aber

IV) die durch Vermächtnisse und Auflagen. — Dass auch hier an und für sich cum onere und in onus accrescirt, bedarf nach unseren bisherigen Ausführungen keiner weiteren Begründung. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich jedoch für die vorliegende Frage aus der durch die lex Falcidia für den Erben eingeführten Rechtswohlthat des Quartabzuges. Nach diesem Gesetz kann der Erbe verlangen, dass ihm mindestens ein Viertel seines Erbtheils frei von Vermächtnissen bleibe. Ueber dieses Maass hinaus auferlegte Vermächtnisse sind nichtig dergestalt, dass sich dieselben ipso iure um so viel ermässigen, als erforderlich ist, um dem Erben die Quart zu sichern. — Durch das SC. Pegasianum wurde die Vorschrift der lex Falcidia auf Singular- und Universalfideicommisse, durch Severus auf Schenkungen von Todeswegen und an Ehegatten, durch Justinian auf Auflagen im Wege der Bedingung ausgedehnt.[27])

Es ist nicht unsere Aufgabe, die Berechnung der Quart im Allgemeinen zu erörtern. Hervorgehoben mag

---

27) Die Stellen citiren Dernburg S. 200 Note 12 (zu § 101) und Windscheid S. 370 Note 2.



hier nur werden, dass dem Erben bei Feststellung der Quart nur anzurechnen ist, was er als reinen Erbtheil (netto) und zwar titulo hereditario erworben hat.[28]) Uns interessirt nur die Frage: wie ist die quarta Falcidia bei Vereinigung mehrerer Erbtheile durch Accrescenz zu berechnen?

Die Frage ist sehr bestritten und hat eine grosse Literatur hervorgerufen.[29])

Die Berechnung ist in dreifacher Art denkbar,

1) entweder so, dass der Erbe die Quart von jeder Erbportion getrennt berechnen und den Legatarien so in Abzug bringen kann, gleich als ob die einzelnen Theile noch in verschiedenen Händen wären (Trennung oder Separation) oder

2) derart, dass nur eine Quart der in eine verschmolzenen Portionen berechnet und sämmtlichen Legatarien abgezogen werden kann (Vereinigung oder Konfusion) oder,

3) dass die Quart zwar für jeden Theil besonders berechnet wird, der Ueberschuss der einen Portion aber den Legatarien der anderen zu Gute kommt (Aufhülfe der Vermächtnisse des einen Erbtheils durch den anderen oder Separation mit Kontribution).[30])

Welche von diesen drei Arten der Berechnung in jedem einzelnen Falle anzuwenden ist, muss sich aus der Form der letzwilligen Anordnung oder, besser gesagt, aus dem daraus erkennbaren Willen des Erblassers er-

---

28) Hierüber ausführlich Dernburg im Archiv f. d. civ. Praxis XVI S. 291—322; Windscheid § 652 S. 375—385.

29) Windscheid stellt dieselbe S. 385 und 386 zu § 653 zusammen, für den Fall der Vereinigung durch Accrescenz noch besonders S. 393 Note 16.

30) Dernburg III § 101 S. 198/199 und Note 6—9; Windscheid III § 653, insbesondere S. 386/387 und S. 393; Vangerow II S. 463 zu § 535; Brinz III S. 356 ff; Amann § 4 S. 56/57.

geben. Denn der Wille des Erblassers ist auch in dieser Lehre allein massgebend geworden, seit Justinian jedem Testator gestattet hat, den Abzug ganz zu verbieten.

In dieser Beziehung ist zu unterscheiden, ob der Testator die Erben schlechthin mit einer generellen Belastungsformel wie »quisquis mihi heres erit, dato« [31]) belastet oder ob er einen einzelnen Erben namentlich onerirt hat, und in letzterem Falle wieder, ob er die Vermächtnisse dem Ausfallenden oder dem zum Erwerbe des Anwuchses Gelangenden auferlegt hat.

Im ersteren Falle, wenn die Erben schlechthin beschwert sind, ist es der klare Wille des Erblassers, dass die Erbschaft überhaupt, nicht ein specieller Erbe, belastet sein und dass diese Last sich für den Fall der factischen Zertheilung der Erbschaft pro rata auf die einzelnen Portionen vertheilen soll. Es liegt in dieser Art der Anordnung gleichzeitig eine Begünstigung des Honorirten, dem das Vermächtniss gesichert sein soll, gleichgültig wer Erbe wird. Ist dies aber die Absicht des Testators, so kann der Erbe, dem hier accrescirt, nicht eine getrennte Berechnung der Quart zum Nachtheil des Legatars vorschützen. Eine abweichende Entscheidung stünde in offenbarem Widerspruch mit dem Willen des Testators, der den Honorirten auf die ganze Erbschaft angewiesen hat. Wer auch immer aus einer solchen Anordnung Erbe wird, kann von Allem, was er aus der Erbschaft erhält, nur eine ungetheilte Quart den Vermächtnissnehmern in Abzug bringen. [32])

Hat hingegen der Erblasser die Vermächtnisse nominatim ausgeworfen, so muss — wie bereits bemerkt — unterschieden werden, ob er sie dem deficirenden Erben oder dem Miteingesetzten auferlegt hat. — Ist der defici-

---

31) Von derartigen Anordnungen sprechen l. 4 § 1 D. de leg. I, l. 98 D. de leg. III, l. 87 § 4 D. de leg. II u. a.

32) Amann S. 57 ff; Brinz III S. 357.

rende Erbe belastet, so werden die beiden Portionen vollständig getrennt gehalten. Der zum Erwerbe des Anwuchses gelangende Erbe kann in diesem Falle den von der Erbportion des ausfallenden Erben ausgeworfenen Vermächtnissen die Quart genau so abziehen, wie dieser selbst es gekonnt hätte, wenn er Erbe geworden wäre. Die Möglichkeit der getrennten Berechnung der Quart folgt auch hier aus der Form der letzten Anordnung. Wie der Testator in dem zuerst besprochenen Falle den Honorirten den Zugriff auf die ganze Erbschaft hat ermöglichen wollen, so hat er hier dieselben zu ihrer Befriedigung auf eine bestimmte Erbquote verwiesen. Hier ist ein Wille des Testators, dass die Legatarien ein Anrecht auch auf die Urportion haben sollen, nicht erkennbar. Im Gegentheil wird man annehmen müssen, dass dieselben von jedem weiteren Zugriff ausgeschlossen sein sollen, weil der Testator auf die Urportion andere Vermächtnissnehmer angewiesen hat. — Daher müssen sich die Legatarien des ausfallenden Erbtheiles einen entsprechenden Abzug gefallen lassen, wenn der Testator diese Portion überschwert hat.

Ganz anders stellt sich dagegen die Sache, wenn die Urportion überlastet ist. Allerdings hat auch hier der Testator die Legatarien auf einen Erbtheil beschränkt, allein dieser Erbtheil ist keine konstante Grösse wie der anwachsende, der im Momente des Ausfalls sein Maximum erreicht hat. Die Höhe des erworbenen Erbtheiles steht vielmehr nach unseren obigen Ausführungen erst fest, wenn sich definitiv herausgestellt hat, wer von den Berufenen wirklich Erbe wird und bleibt. Hat also der Erblasser auf diesen Erbtheil Vermächtnisse gelegt, so erstreckt sich nach seinem Willen das Recht der Vermächtnissnehmer auch auf den in ihm aufgehenden Anwuchs.[33])

33) Dernburg III S. 199 c; Windscheid III S. 393[6]; Vangerow II S. 466 V; Brinz III S. 357—359. Die massgebende Stelle

Das Resultat unserer Ausführungen stellt Amann in folgenden Thesen zusammen:

»Wenn durch Anwachsung einem Theilerben die Portion seines Miteingesetzten zufällt, so darf er den von Letzterem namentlich ausgeworfenen Vermächtnissen die Quart gerade so abziehen, wie dieser selbst es gedurft hätte.

Dagegen erleiden die auf seinen eigenen Namen ausgesetzten Vermächtnisse die Falcidia immer nur insofern und insoweit als dies nöthig ist, um ihm die Quart der in seiner Hand vereinten Portionen zu verschaffen (§ 1).

Die von einem Theilerben namentlich ausgeworfenen Legate werden immer nur bis zur Höhe des Betrages derjenigen Portion entrichtet, auf die sie durch Verleihen von dem auf dieselbe Eingesetzten oder Substituirten gelegt sind; soweit sie dieses Maass überschreiten, sind sie nichtig und bleiben es unter allen Umständen, auch dann, wenn durch . . . Accrescenz sich mehrere Portionen in seiner Hand vereinigen, die ihm deren Quart freiliessen, wenn er gleich sämmtliche von ihm ausgesetzte Legate voll entrichtete.

Das Entgegengesetzte gilt folgerichtig dann, wenn neben namentlich auferlegten auch noch solche Legate diese Portionen belasten, welche, weil mit einer allgemeinen Belastungsformel, wie etwa: »quisquis mihi heres erit, dato« ausgeworfen, auf die ganze Erbschaft, und nur indirect auf die Erben ihrer einzelnen Theile im Verhältniss zu deren Grösse gelegt sind; letztere werden immer insoweit voll entrichtet, als dies ohne Schädigung der Quart geschehen kann (§ 4).«

Wenn wir oben den Begriff »Lasten« im weitesten Sinne genommen und darunter jede Verschiedenheit der

---

ist l. 78 D. ad leg. Falc. 35, 2: »Quodsi alterutro eorum deficiente alter heres solus exstiterit, utrum perinde ratio legis Falcidiae habenda sit, ac si statim ab initio solus heres institutus esset, an singularum portionum separatim causae spectandae sunt? Et placet, si eius pars legatis exhausta sit, qui heres exstiterit, adiuvari legatarios per deficientem partem . . . ; si vero defecta pars fuerit exhausta, perinde in ea ponendam rationem legis Falcidiae, atque si ad eum ipsum pertineret, a quo defecta fieret.«



Rechtslage verstanden haben, bei der in Frage kommen kann, ob sie getrennt bleibt oder übergeht, so fallen hierunter auch

V) die einer Erbeseinsetzung beigefügten Bedingungen.

In dieser Beziehung darf als zweifellos betrachtet werden, dass der auf eine Erbquote bedingt eingesetzte Erbe nicht etwa ein unbedingtes Recht auf den accrescirenden Theil des bedingungslos berufenen Miterben haben kann. Denn die seiner Erbeseinsetzung beigefügte Bedingung ist Voraussetzung für die Erbenqualität des bedingt Eingesetzten überhaupt. Wenn der Erblasser z. B. testirt: »Titius, si filiam duxerit, ex parte dimidia heres esto«, so ist damit zugleich ausgesprochen: »Heirathest du sie nicht, so sollst du deinen Theil nicht erhalten.« Um so weniger wird der so Eingesetzte deficiente condicione einen anwachsenden Erbtheil erwerben können, da ihm der Wille des Erblassers sogar den ursprünglichen Theil entzieht. Der Ausfall der Bedingung bewirkt, dass der Bedachte überhaupt nicht Erbe wird.[34])

Fraglich könnte nur etwa der andere Fall sein, ob der pure eingesetzte Erbe, dem die Portion eines coheres sub condicione anwächst, hinsichtlich dieses Theiles oder, wegen der Einheit des Erbewerdens, etwa gar hinsichtlich beider Theile als bedingt eingesetzt angesehen werden müsse. Aber auch hier ist die Entscheidung leicht zu finden. Bei der bedingten Erbeseinsetzung will der Erblasser eine bestimmte Person in der Geltendmachung des

---

34) Hat er provisorische Einweisung in den Besitz durch Decret gegen Kaution erlangt, so muss er den Miterben restituiren. — Anders liegt der Fall bei der Einsetzung sub modo, denn hier wird der so Eingesetzte wirklich Erbe. Erfüllt er die Auflage nicht, so wird ihm die Geltendmachung seines Erbrechts versagt; er muss die Erbschaft den Miterben herausgeben (l. 8 § 6 D. de cond. inst. 28, 7; l. 1 § 3 D. ubi pup. 27, 2).

Erbrechts beschränken, mit dieser Person steht und fällt die Bedingung, und die Miterben überkommen den Theil im Falle der Accrescenz so frei, als ob die Bedingung nicht geschrieben wäre. — Eine andere Beurtheilung ist nur für solche Fälle geboten, in denen aus der Form der Anordnung erhellt, dass der Testator schlechthin jegliche Erwerbung an die Erfüllung der Bedingung geknüpft wissen will. Hier kann auch der pure Eingesetzte die vacant werdende Portion nur mit ihrem onus (der Bedingung) erwerben. Ist die Bedingung casuell, so bleibt die Sache schwebend, bis die Bedingung eintritt oder ausfällt. Ist die Bedingung potestativ, so muss sie der neue Delat erfüllen oder er wird indignus, falls er sich dessen über ein Jahr lang weigert, und es treten dann die von Justinian in Nov. 1 cap. 1 bestimmten Folgen ein, d. h. die Portion wird gewissen andern Personen, event. den Intestaterben angeboten, so dass hier schliesslich eine Durchbrechung des Satzes nemo pro parte etc. eintreten kann. In keinem Falle aber wird die ursprüngliche (pure verliehene) Portion in Mitleidenschaft gezogen.

Zweifellos endlich gehören zu den Lasten

VI) auch Fideicommisse.

Sind dieselben auf den ausfallenden Erbtheil gelegt, so müssen sie nach dem allgemeinen Grundsatze: portio cum onere accresit von dem Erwerber derselben entrichtet werden, ebenso wie er auch die auf diesem Theile haftenden Schulden zu bezahlen und überhaupt dessen incommoda zu tragen hat. So belehrt uns schon Donellus, wie wir oben bei der Frage nach der Schuldenhaftung gesehen haben, und dieselbe Ansicht ist in dem dort gleichfalls citirten Erkenntniss des vormaligen Ober-Tribunals zu Stuttgart[35]) ausgesprochen.

So klar es aber hiernach ist, dass cum onere fideicommissi anwächst, so bestritten ist die andere Frage: ob

35) Seuffert Arch. I Nr. 266.

dann, wenn der Erblasser die Restitution eines Erbtheiles mittelst Universalfideicommisses angeordnet hat, der Fiduciar den Anwuchs an den Fideicommissar herausgeben muss, d. h. also, ob auch in onus accrescirt?[36])

Vorweg sei bemerkt, dass — wie auch Windscheid und Vangerow hervorheben — die für die Entscheidung der vorliegenden Frage gewöhnlich herangezogenen Gesetzesstellen nichts beweisen, weil sie ganz singuläre Fälle behandeln. Es sind dies l. 83 D. de acq. v. om. her. 29. 2 [37]) und l. 43 D. ad. SCt. Treb. 36. 1.[38])

Die erstere Stelle behandelt den Fall, dass ein Erbe sich dem Testator gegenüber zur Entrichtung eines fideicommissum tacitum verpflichtet hat. Nach der getroffenen Entscheidung soll ihm nichts accresciren »quia rem non videtur habere.« — Allein das ist selbstverständlich, dass einem Unwürdigen, den die Gesetze an anderen Stellen für einen praedo erklären, nichts anwächst, da er überhaupt nicht als Erbe anerkannt wird: »quia rem non videtur habere«, sein Erwerb mithin wirkungslos ist, und der Fiscus an seine Stelle tritt.[39]) Dass diese Stelle so

---

36) Die Frage behandeln: Windscheid III S. 225 Nr. 4 und insbesondere Note 14, Vangerow II S. 314 Nr. 5, Brinz III S. 171/172, hauptsächlich Note 18. Bei den beiden Ersteren ist auch die überaus grosse Literatur nachzusehen.

37) »Si totam an partem, ex qua quis heres institutus est, tacite rogatus sit restituere: apparet nihil ei debere accrescere, quia rem non videtur habere.«

38) »Papinianus tractat, si quis heres institutus ex semisse rogatus sit restituere hereditatem, et eam suspectam dicens compulsus adiit, deinde fideicommissarius ignarus sit, accrevisse portionem hereditatis post restitutionem scripto heredi, an opus sit ei alia actione. Et ait, securum esse eum posse; de illo plane loco solo quaerendum ait, an ei nova opus sit restitutione, posteaquam portio accrevit.«

39) l. 10, 11, 18 D. de his quae ut indiguis auf. 34. 9; l. 59 § 1 D. ad. leg. Falc. 35. 2 u. a.

aufzufassen ist, ergiebt sich ganz klar aus den Schlussworten, deren Sinn doch nur immer der sein kann, dass Jemand, der nicht als Erbe gilt, auch nichts aus der Erbschaft erhalten kann.

Die andere Stelle, die l. 43 cit., entscheidet, dass der Fiduciar im Falle erzwungener Restitution auch den anwachsenden Erbtheil dem Fideicommissar herausgeben müsse. Es könne nur in Frage kommen, ob es einer besonderen Restitution für diesen Theil noch bedürfe. — Auch diese Entscheidung beweist nicht, dass der Fiduciar überhaupt, also auch bei freiwilligem Antritt, zur Herausgabe des anwachsenden Theiles verpflichtet ist, denn eine erzwungene Antretung involvirt in Wahrheit eine Ablehnung des deferirten Erbtheiles und diese hat die Bedeutung, überhaupt nicht Erbe werden zu wollen. In diesem Falle kann natürlich der Fiduciar auch keinen Anspruch auf den Anwuchs machen, vielmehr tritt hier der Fideicommissar ganz an seine Stelle.

Ebensowenig sind die Stellen für die vorliegende Frage zu verwerthen, auf welche sich Marezoll[40]) beruft, nähmlich l. 18 D. ad. SCt. Treb. 36. 1.: »quotiens quis rogatur, hereditatem restituere, id videtur rogatus reddere quod fuit hereditatis,« ferner l. 16, l. 17 eod. Offenbar ist in ihnen ein heres ex asse aufgefordert, die ganze Erbschaft herauszugeben, sie betreffen also Fälle, in denen von einer anwachsenden Portion garnicht die Rede ist.

Wir sehen also, die Quellen enthalten eine direkte Entscheidung unserer Frage nicht, man müsste sich denn zu einer ausdehnenden Auslegung dieser für ganz singuläre Fälle gegebenen Vorschriften auf alle übrigen verstehen (was doch gewiss ganz falsch wäre) oder umgekehrt vermöge des argumentum e contrario als Regel das ent-

40) Giesser Zeitschrift VI S 360 ff.

gegengesetzte Resultat annehmen, nämlich dass, abgesehen von den Fällen der Erbunwürdigkeit oder erzwungenen Antritts der Fiduciar den Anwuchs für sich behalten könne.[41])

Wir brauchen indessen garnicht nach einer Entscheidung unserer Frage in den Quellen zu suchen. Die Beantwortung ergiebt sich u. E. klar aus unseren Ausführungen über das Wesen der Accrescenz, von welchem wir in dem allgemeinen Theile der Abhandlung gesprochen haben. — Wir haben dort im Anschluss an die Hoffmann'schen Ausführungen hervorgehoben, dass Grund der Anwachsung (abgesehen von der absoluten Norm des Satzes nemo pro parte etc.) der Wille des Erblassers ist. Wenn er über seinen Nachlass testirt, hat er die Absicht, die gesetzlichen Erben zu Gunsten der von ihm eingesetzten auszuschliessen. Diesen Letzteren will er ausschliesslich und gemeinschaftlich den ganzen Nachlass zuwenden. Jeder von ihnen soll demnach soviel aus der Erbschaft erhalten, als nicht mit Erfolg an die Anderen vergeben ist. Dies ist auch dann der Wille des Testators, wenn er die Erben auf bestimmte Theile eingesetzt hat, denn diese sind nicht als Maxima, sondern als Minima gedacht; die Theilbestimmung soll nur den Massstab für die Vertheilung der den Berufenen allein zugedachten Erbschaft unter sich geben.

Hieraus ergiebt sich unmittelbar die Entscheidung unserer Frage. Ist das Recht der Erben nach dem Willen des Erblassers nicht von vornherein objectiv begrenzt, so kann auch die über den Erbtheil getroffene Verfügung nicht objectiv eingeschränkt werden. Wille und Object müssen sich decken. Gelangt daher einer der eingesetzten Erben nicht zum Erwerbe, so unterliegen die

---

41) Dies scheint Baumeister's Ansicht S. 125 ff zu sein; auch Dernburg III S. 247 Note 8 erachtet das argumentum e contrario für einen Anhalt.

durch den Anwuchs vergrösserten Erbtheile als einheitliche Objecte der Verfügung des Erblassers.

Wir können daher Windscheid nicht beipflichten, wenn er S. 225 Nr. 4 sagt: »...... Sind über den Erbtheil desjenigen, welchem anwächst, Verfügungen getroffen, so ist es eine Auslegungsfrage, ob diese auch den anwachsenden Erbtheil mit ergreifen, und diese Frage wird im Zweifel nicht zu bejahen sein« und wenn er dazu in der Note 14 ad 2 bemerkt: »Es ist aber ohne nähere Rechtfertigung nicht anzunehmen, dass sich der Verfügungswille auf dieses Ganze« — nämlich den ursprünglichen und den anwachsenden Erbtheil — »bezogen habe, weil der Berufene Aussicht auf das Ganze nur für den Fall hatte, dass der Mitberufene nicht zum Erwerbe gelangen sollte, und ohne besonderen Grund der Eintritt dieses Falles nicht angenommen werden durfte.«

Im Gegensatz hierzu müssen wir nach dem Vorstehenden daran festhalten, dass eine Verfügung des Erblassers über einen Erbtheil objectiv Alles umfasst, was der Erbe aus dem Nachlass erhält, denn so ist die Theilbestimmung seitens des Erblassers gemeint. Eine Einschränkung des letzten Willens ist daher nur dann statthaft, wenn sie erkennbar gewollt ist.

Ganz in unserem Sinne spricht sich Vangerow aus; er sagt S. 314 Nr. 5 über die vorliegende Frage: »Soll nun aber die Frage aus allgemeinen Grundsätzen entschieden werden, so spricht gewiss das Meiste für die Ansicht, dass allerdings dem Fideikommissar ein Anspruch auf die anwachsende Portion zustehe, wenn nicht in einem konkreten Falle ein entgegenstehender Wille des Testators ermittelt werden kann. Das eigentliche Object des Universalfideikommisses ist ja die dem Fiduziar zufallende hereditas oder eine Quote derselben .....« Nur drückt sich Vangerow, wie Windscheid a. a. O. ad 1 der Note 14 mit Recht hervorhebt, bei der weiteren Begründung seiner Entscheidung insofern nicht ganz korrekt aus, als

er die anwachsende Portion als integrirenden Bestandtheil der ursprünglichen ansieht, während in Wahrheit beide Theile integrirende Bestandtheile des Ganzen, der hereditas, sind.

Zu dem gleichen Resultat gelangt auch Ihering,[42]) aber seine Begründung ist eine ganz andere. — Ihering hat unsere Streitfrage allgemein nach den für das commodum geltenden Regeln zu entscheiden versucht und behauptet, dass in der Verpflichtung zur Herausgabe eines Erbtheiles auch gesetzlich die Pflicht zur Uebertragung des Anwuchses als einer juristischen Accession enthalten sei.

Er deducirt folgendermassen: man hat bei einer Frage die Gleichheit der juristischen Accession mit der naturalen ausser Acht gelassen, nämlich bei der Frage, ob der Erbe, welcher seinen Erbtheil in Folge eines Fideikommisses herauszugeben hat, auch den ihm accrescirenden Theil seines Miterben restituiren muss? — Da wir für diese Frage keine ausdrücklichen Quellenzeugnisse haben, so müssen wir uns nach analogen Fällen und Entscheidungen umsehen und finden eine solche in l. 7 § 13 comm. div. 10. 3.[43])

Diese Stelle entscheidet folgenden Fall: ein Miteigenthümer hat seinen ideellen Antheil an einer Sache verkauft, wird hierauf — mit der actio communi dividundo belangt — durch richterlichen Zuspruch Eigenthümer der ganzen Sache und hat nun nach der hier getroffenen Entscheidung einerseits die Pflicht, dem Käufer auch den

42) »Abhandlungen aus dem R. Recht« S. 9 ff.

43) »Nam et si partem vendideris rei, et priusquam traderes emtori, communi iudicio dividundo provocatus fueris, aliaque pars tibi adiudicata sit, consequenter dicitur: ex emto agi non posse, nisi totam rem suscipere fuerit paratus, quia haec pars beneficio alterius accessit. Quinimo etiam ex vendito posse conveniri emtorem, ut recipiat totum.«

adjudicirten Theil, natürlich gegen Entschädigung dessen, was er dem klagenden Miteigenthümer zu zahlen hatte, herauszugeben: »quia haec pars beneficio alterius accessit«, wie andererseits das Recht, den Käufer zur Annahme des Ganzen zwingen zu können: »quinimo etiam ex vendito posse conveniri emtorem, ut recipiat totum.«

Ihering zieht also eine Parallele mit dem Miteigenthum und sagt: wie in diesen Fällen der Verkäufer oder überhaupt der, welcher seinen Antheil an einer gemeinsamen Sache einem Dritten zu übergeben hat, den Theil nicht für sich behalten darf, der »beneficio alterius accessit«, so hat auch der Erbe der mit einem Fideikommiss bebeschwerten Erbportion den accrescirenden Theil dem Fideikommissar herauszugeben. Denn in dem Recht auf den Theil einer Sache liegt schon der Keim zu dem Recht auf das Ganze; bei einer körperlichen Sache durch die Anstellbarkeit der actio communi dividundo und die sich daran schliessende adiudicatio, bei der hereditas durch die Möglichkeit der Accrescenz.

Dieser Vergleich erscheint jedoch sehr bedenklich. Erstens ist der Rechtssatz, dass der Miteigenthümer den adjudicirten Theil kraft seines Rechts an dem ursprünglichen Antheil, also als Accession, erwirbt, schon nach dem Begriff des Miteigenthums singulär, darf daher nicht ohne Weiteres analog auf dem Miteigenthum ähnliche Verhältnisse angewendet werden. — Sodann ist aber das Miterbenverhältniss von dem des Miteigenthums wesentlich verschieden. Der Miteigenthümer hat von Anfang an nichts als die ihm zustehende Quote der gemeinschaftlichen Sache, sein Recht ist ein von vornherein begrenztes. Dagegen ist das Erbrecht ein objectiv unbeschränktes, es umfasst den ganzen Nachlass, sofern durch die Konkurrenz Gleichberechtigter keine Schranken gezogen werden. — Daraus folgt: der Miterbe erwirbt die accrescirende Portion nicht, wie der Miteigenthümer in der von Ihering angezogenen l. 7 § 13, kraft seines Rechts an dem ihm ur-

sprünglich gehörenden Theil, sondern kraft seines durch die Berufung begründeten Rechts auf die ganze Erbschaft. Daher ist der accrescirende Theil nicht Accession, ist also auch nicht, wie eine solche, juristisch als integrirender Bestandtheil der ursprünglichen Portion zu erachten, vielmehr sind beide Theile neben einander existirende, insofern von einander unabhängige Bestandtheile eines Ganzen, nämlich der Erbschaft.

Aus gleichen Gründen ist auch Windscheid[44]) der Ansicht, dass in der Verpflichtung der Herausgabe eines Erbtheiles die Pflicht zur Herausgabe des Anwuchses als eines hinzutretenden commodum nicht enthalten ist.

Als Resultat unserer Ausführungen können wir feststellen:

aus einer speciellen Gesetzesvorschrift lässt sich die Verpflichtung des Fiduciars zur Herausgabe des Anwuchses an den Fideikommissar nicht herleiten, sie besteht aber principiell, weil der accrescirende Theil sowohl wie der ursprüngliche als ein untrennbares, einheitliches Object der auf den letzteren gelegten Last unterliegen.

Hiervon ist eine Ausnahme nur dann zu machen, wenn der Testator dem Fideikommissar ersichtlich nur einen beschränkten Theil hat zuwenden wollen.[45])

Gewöhnlich wird in der Literatur die eben erörterte Controverse zusammen mit

VII) der sich bei Veräusserung eines Erbtheiles erhebenden Frage behandelt: ob der Verkäufer auch zur

---

44) III S. 226, Note 11 ad 3; II § 327 Note 6.

45) Im Wesentlichen theilen die hier vertretene Ansicht ausser Vangerow und Ihering: Brinz III S. 171/172 Note 18. Marezoll Giesser Zeitschrift S. 335 ff; Sintenis § 203 Anm. 16 und Muehlenbruch S. 348 ff. Dagegen insbesondere Baumeister S. 121 ff, Seuffert § 642, Mommsen S. 67 ff und, wie bereits hervorgehoben, Windscheid a. a. O., auch Dernburg III S. 247 und Note 8 sowie Arndts § 583 Nr. p.

Herausgabe der ihm nach Abschluss des Vertrages anwachsenden Theile an den Käufer verpflichtet sei?

Diese Frage fällt eigentlich aus dem Rahmen der vorliegenden Abhandlung heraus, weil es sich hier nicht um erbrechtliche, sondern um obligatorische Rechtsverhältnisse handelt. Allerdings wird in beiden Fällen, von dem Fideikommissar sowohl wie von dem Erbschaftskäufer, eine dem Erben accrescirende Portion in Anspruch genommen[46]; allein der Fideikommissar gründet sein Recht auf den Willen des Erblassers und succedirt diesem bei der Restitution, während der Erbschaftskäufer sich nur auf den Kaufvertrag stützen kann und Rechtsnachfolger des Verkäufers wird. Daher muss das Rechtsverhältniss zwischen diesen Beiden ausschliesslich nach dem Inhalt des geschlossenen Vertrages beurtheilt werden.

Dass der accrescirende Theil nicht als Accession angesehen, und die vorliegende Frage nicht nach den für das commodum geltenden Regeln beurtheilt und entschieden werden kann, haben wir oben bei der Besprechung der l. 7 § 13 D. comm. div. 10. 3 bereits ausgeführt. Die sonst zur Entscheidung herangezogenen l. 13 § 17 D. de A. E. V. 19. 1, l. 78 § 4 D. de J. D. 23. 3 sprechen, wenn man sie analog von dem Miteigenthum auf das Miterbenverhältniss übertragen will, eher gegen die Verpflichtung zur Herausgabe des Anwuchses, denn sie sind (wie Windscheid a. a. O. mit Recht hervorhebt) aus Billigkeitsrücksichten ergangen. »Die Billigkeit spricht aber gewiss nicht dafür, dass der Käufer einen Erbtheil einfach lucrire, der Verkäufer ihn einfach verliere.«

Es ist also lediglich Frage der Auslegung des Kauf-

---

46) Auf die Widerlegung der Ansicht von Brinz III S. 171/172, dass die Anwachsung unmittelbar in der Person des Fideikommissars und Erbschaftskäufers Platz greifen könne, soll hier unter Verweisung auf Vangerow II S. 314 Note 5 nicht weiter eingegangen werden.

vertrages, ob der Erbschaftskäufer ein Recht auf den Anwuchs geltend machen kann oder nicht. Im Zweifel wird man sagen müssen, dass die Intention der Contrahenten nicht dahin gegangen ist, auch den Anwuchs zum Gegenstande des Vertrages zu machen, weil der Eintritt der Accrescenz sich zur Zeit garnicht vorhersehen liess. Nur dann kann dem Käufer ein Recht auf die accrescirenden Theile eingeräumt werden, wenn es ersichtlich in der Absicht des Geschäfts lag, dass er sie mitkaufen sollte. — Diese Entscheidung entspricht den allgemeinen Vertragsgrundsätzen und hat auch die Billigkeit für sich.[47])

Werfen wir zum Schluss einen Rückblick auf die gesammte Entwickelung des Accrescenzrechts, so sehen wir — ausgehend von dem altcivilen römischen Recht, das dieses Institut überhaupt noch nicht kannte, weil es nur einen Erben als Repräsentanten des Erblassers zuliess: dass dasselbe seit seiner Einführung in das Rechtssystem alle Stadien von der unumgänglichen Verschmelzung der Erbtheile unter unbeschränktem wechselseitigem Uebergange der Lasten bis zu dem Princip völliger Trennung, wie es der Entwurf aufstellt, durchlaufen hat.

Das Richtige ist, was der Entwurf will: cum onere, aber dann auch nicht in onus, sondern völlig getrennte Rechnung. Allein dies ist ein ganz neuer Gedanke; der Erwerbende trägt dann gleichsam eine doppelte Erbenstellung mit grossen Verschiedenheiten. Der Erbe ist dann nicht mehr im römischen Sinne eins mit dem Erblasser, sondern er ist gemeiner Erwerber der Masse oder einer ihrer Quoten, von denen die eine ganz andere Schicksale erlebt haben kann als die andere.

---

47) Die gleiche Ansicht vertreten ausser Windscheid a. a. O. Brinz III S. 172 Note 19, Dernburg III S. 338/339 und Note 12, dagegen räumen Vangerow II S. 315 Nr. 6 und Ihering a. a. O. dem Käufer principiell ein Recht auch auf die accrescirende Portion ein.



Wenn aber der Entwurf trotz des von ihm angenommenen Princips völliger Trennung der einzelnen Erbtheile gleichwohl in § 2037:

> »Ist im Falle der Berufung desselben Erben zu mehreren Erbtheilen ein Erbtheil angenommen oder ausgeschlagen, so sind auch die anderen Erbtheile selbst wenn sie erst später anfallen, soweit die Berufung auf demselben Grunde beruht, als angenommen oder ausgeschlagen anzusehen; . . . .«

die rechtliche Nothwendigkeit der Accrescenz, vorbehaltlich anderweiter Disposition des Erblassers, beibehalten will, so ist das ein Beweis, wie auch der Entwurf noch unter dem Einfluss römisch-rechtlicher Anschauung steht. — Die Motive[48]) betonen die Zweckmässigkeit dieser Bestimmung: es sei nothwendig, die Anwachsung auch gegen den Willen des Erben eintreten zu lassen, sofern er zu mehreren Erbtheilen berufen und auch nur einen angenommen habe, um der Zersplitterung der Erbschaft möglichst vorzubeugen. Allein warum darf dem Erben nicht das Recht eingeräumt werden, den anwachsenden Theil auszuschlagen? Wenn schliesslich die einzelnen Erbtheile getrennt bleiben, so ist es ja ganz gleichgültig, wer Erbe wird, der Eingesetzte oder ein Intestaterbe! Das römische Recht musste die Anwachsung wider den Willen des Erblassers sowohl wie des Erben eintreten lassen, weil es nur einen Erbtheil und eine Rechnung kannte; dieser Grund ist nach dem Entwurf fortgefallen, und darum hätte er auch die Nothwendigkeit der Anwachsung fallen lassen sollen.

Zersplitterungen sind davon nicht zu fürchten. In der grossen Mehrzahl der Fälle nehmen Erben, die es einmal sind, nachträglich anwachsende Portionen sehr bereitwillig an, selbst bei dürftigen oder insolventen Erbschaften wird dadurch die Mühe der liquidirenden Erben kaum vermehrt. In den äusserst seltenen Ausnahmefällen mag

---

48) Bd. V S. 506/508.

nach den Intestaterben gesucht werden, sie werden voraussichtlich ebenfalls ausschlagen und es wird zur amtlichen Liquidirung der allerseits verschmähten Portion kommen. Diesem casus rarissimus durch eine principwidrige Sonderbestimmung begegnen zu wollen, wäre m. E. das Gegentheil von »zweckmässig«.

Zum Schluss sei dem Verfasser erlaubt, auch an dieser Stelle dem Herrn Geheimen Justizrath Dr. Ziebarth zu Göttingen für Rath und Anleitung sowohl bei der Gestaltung des Themas als bei einigen Zweifelsfällen seinen gehorsamen Dank abzustatten.

